

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La protection de la vie familiale dans la Convention européenne des droits de l'homme

Fierens, Jacques

Published in:
Les Cahiers de droit

Publication date:
1994

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Fierens, J 1994, 'La protection de la vie familiale dans la Convention européenne des droits de l'homme', *Les Cahiers de droit*, VOL. 35, Numéro 3, p. 401-417.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La protection de la vie familiale dans la Convention européenne des droits de l'homme

Jacques FIERENS*

La Convention européenne des droits de l'homme tient son efficacité du contrôle juridictionnel international qu'elle organise et des effets directs qui lui sont souvent reconnus par les droits internes. Les articles 8 et 12 aménagent particulièrement la protection de la vie familiale, dont la spécificité n'est apparue que récemment au regard de l'histoire des libertés fondamentales. La Commission et la Cour européennes des droits de l'homme sont plus enclines à protéger les liens familiaux qu'à permettre leur dissolution. Elles vont ainsi à contre-courant des tendances de plusieurs États membres du Conseil de l'Europe. Les familles de ressortissants étrangers semblent moins protégées que les ressortissants des États membres. La théorie des « prestations positives » est cependant extrêmement féconde pour la protection de la vie familiale, spécialement pour les familles moins favorisées socialement.

The European convention on human rights derives its efficiency from the international jurisdictional control that it organizes and the direct effects often acknowledged in it by domestic laws. Articles 8 and 12 go to particular lengths in protecting family life, the specificity of which has only recently taken its place in the history of fundamental rights. The European Commission and Court on human rights are more inclined to protect family bonds than to allow for their dissolution. As such, they buck the trend of several Member States of the Council of Europe. Families of foreign nationals seem to be less well protected than those of

* Chargé de cours, Facultés Notre-Dame de la Paix à Namur ; avocat, Barreau de Bruxelles.

Member States. The theory of « positive actions » is extremely fertile for protecting family life, especially for less socially favoured families.

	<i>Pages</i>
1. Le contexte	402
2. Quelques caractéristiques de définition des droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme	404
3. L'émergence de la protection de la vie familiale	405
4. Les articles 8 et 12 de la Convention européenne des droits de l'homme	407
5. Le champ d'application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme	407
6. Les ingérences légitimes dans la vie familiale	411
7. L'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme	415
Conclusion	416

1. Le contexte

La *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, signée à Rome le 4 novembre 1950, est un traité ratifié au 1^{er} janvier 1993 par 28 des 32 États membres du Conseil de l'Europe, et en voie de ratification dans les 4 restant. Dès la fin de la Seconde Guerre mondiale et la rédaction de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, la protection régionale des droits fondamentaux avait été encouragée. L'universalité des droits de la personne n'empêche pas qu'elle soit adaptée aux spécificités culturelles de certaines parties du monde¹.

L'importance de la Convention dans la vie juridique européenne vient d'abord du fait que beaucoup de ses dispositions sont susceptibles

1. Cf. K. VASAK (dir.), *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Paris, Unesco, 1978, p. 530 et suiv. ; J. VELU et R. ERGEC, v^o *Convention européenne des droits de l'homme, Répertoire pratique de droit belge, Compl.*, t. VII, 1990, n^{os} 11-14, pp. 162-163 ; A. LAPEYRE, F. DE TINGUY et K. VASAK (dir.), *Les dimensions universelles des droits de l'homme*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1990. Cet ouvrage, consacré aux dimensions spirituelles et intellectuelles des droits de l'homme, s'efforce de faire apparaître la spécificité et la convergence des grandes traditions philosophiques et juridiques.

de produire des effets directs en droit interne, du moins dans les États membres où cette notion d'applicabilité directe est reçue². Il y va de l'aptitude d'une règle de droit international à conférer par elle-même aux particuliers, sans requérir aucune mesure interne d'exécution, des droits dont ils peuvent se prévaloir devant les autorités juridictionnelles de l'État où cette règle est en vigueur³. Ainsi, chaque juridiction interne contrôle à son niveau l'application de la Convention.

L'efficacité de la Convention vient en outre de l'existence d'organes de contrôle supranationaux. La Commission européenne des droits de l'homme peut être saisie par un État contractant de tout manquement aux dispositions de la Convention qu'elle croit pouvoir imputer à une autre partie contractante (art. 24). Elle peut aussi être saisie d'une requête adressée au secrétaire général du Conseil de l'Europe par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers, qui se prétend victime d'une violation par une des hautes parties contractantes des droits reconnus par la Convention. Le recours individuel est toutefois conditionné par la reconnaissance de la compétence de la Commission par l'État en cause (art. 25). La Commission statue sur la recevabilité des requêtes, dont les conditions sont énoncées aux articles 26 et 27. L'examen de la recevabilité s'entend ici de manière plus large qu'en droit interne : il peut comporter un premier examen au fond des requêtes individuelles. L'article 27, § 2 prévoit en effet, entre autres, que la Commission déclare la requête irrecevable si elle est « manifestement mal fondée ou abusive ». Si la Commission retient la requête, elle établit les faits et se met à la disposition des parties en vue de parvenir à

-
2. En Belgique, les conditions de l'applicabilité directe sont classiquement la précision suffisante et l'intention de l'État contractant d'avoir voulu conférer des effets directs. Chacun de ces deux critères fait cependant l'objet de controverses. Cf. J. FIERENS, *Droit et pauvreté. Droits de l'homme, sécurité sociale, aide sociale*, Bruxelles, Bruylant, 1990, n° 179 et suiv., p. 108 et suiv.
 3. Cf. J. VERHOEVEN, « La notion d'« applicabilité directe » du droit international », (1980) 15 *Revue belge de droit international* 243. Voir aussi J. VELU, *Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme*, Bruxelles, Éditions Swinnen, 1981. L'origine de la notion est américaine. Le *chief Justice* Marshall formula ce qui allait devenir la doctrine de l'effet *self executing* en 1829 : *Forster v. Neilson*, 27 U.S. (2 Pet.) 253, 314 (1829). Voir en outre *U.S. Const.*, art. VI, cl. 2. La Cour permanente de justice internationale a consacré la notion : Avis consultatif n° 15 sur la compétence des tribunaux de Dantzig, [1928] *Rec.*, 17. La Cour de justice des Communautés européennes a plus simplement défini l'applicabilité directe comme l'aptitude d'une règle à conférer aux particuliers des droits qu'ils peuvent faire valoir en justice dans un État membre : arrêt *Van Duyn*, [1974] C.J.C.E. Rec. 1337, 1348-1349 ; *Journal des tribunaux*, 1975, p. 152 (note R. GOFFIN) ; voir aussi l'arrêt *Verbond der Nederlandse Onderneming*, [1977] C.J.C.E. Rec. 113, 127 ; arrêt *Enka*, [1977] C.J.C.E. Rec. 2203, 2211-2212.

un règlement amiable de l'affaire (art. 28, § 1^{er}). Dans le cas où elle ne peut y parvenir, elle rédige un rapport dans lequel elle constate les faits et formule un avis sur le point de savoir s'ils révèlent, de la part de l'État intéressé, une violation des obligations qui lui incombent aux termes de la Convention. Ce rapport est transmis au Comité des ministres et communiqué aux États intéressés. Dans un délai de trois mois, la Cour peut être saisie par la Commission, par l'État dont la victime est le ressortissant, par l'État qui a saisi la Commission ou par l'État mis en cause (art. 48)⁴. La Cour européenne des droits de l'homme rend des décisions juridictionnelles contraignantes à l'égard des États (art. 53). Le Comité des ministres en surveille l'exécution⁵.

2. Quelques caractéristiques de définition des droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme

En principe, la Convention garantit un ensemble de droits et libertés habituellement rangés dans la catégorie des droits civils et politiques. Il s'agirait essentiellement de libertés *contre* l'État par opposition aux libertés-créances, libertés *par* l'État qui renverraient plutôt aux droits économiques, sociaux et culturels, parfois dénommés droits de la « deuxième génération ». Au sein du Conseil de l'Europe, la garantie de ces derniers devrait plutôt être trouvée dans la Charte sociale signée à Turin le 18 octobre 1961, dont les mécanismes de contrôle sont à la fois très différents et peu satisfaisants⁶.

La définition des droits en termes de « générations » est malencontreuse. Des différences de nature entre divers droits et libertés ne sauraient être niées, mais la consécration scindée dans des instruments juridiques différents est dommageable juridiquement, politiquement et peut-être tout simplement humainement. Les droits de la personne sont indivisibles, et sa protection ne peut être envisagée uniquement à travers le schéma simpliste de la protection contre les empiétements de l'autorité politique. Certains droits dits de « première génération », comme le droit d'être jugé équitablement, représentent surtout une créance contre le

4. La saisine de la Cour est cependant conditionnée par la reconnaissance de juridiction par l'État mis en cause. Si la Cour n'est pas saisie, le Comité des ministres prend une décision sur le point de savoir s'il y a eu violation ou non de la Convention. Il ne s'agit pas, dans ce cas, d'une décision du type juridictionnel, mais politique.

5. Depuis longtemps, le fait qu'un particulier ne puisse être partie devant la Cour, ni la saisir, était critiqué. Le Protocole n° 9, non encore entré en vigueur, modifie la procédure sur ce point. Cf. G. JANSSEN-PEVTSCHIN, « Le Protocole additionnel n° 9 à la Convention européenne des droits de l'homme », (1991) 6 *Rev. trim. dr. h.* 199-202.

6. Cf. G. LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1985, p. 157 et suiv.; J. FIERENS, *op. cit.*, n^{os} 259-264, pp. 151-154.

pouvoir. Des droits apparus plus tardivement, tel le droit au respect de la vie privée et familiale, ne sont pas d'abord des droits économiques, sociaux ou culturels. Des droits de « deuxième génération », comme le droit de grève, se définissent avant tout dans l'optique d'une abstention du pouvoir. Au surplus, la prise en considération de générations pourrait faire croire à une subordination de la seconde à l'égard de la première qui aurait seule le mérite de représenter les « vrais » droits de l'homme⁷. L'argument selon lequel les droits-créances ne peuvent être contrôlés de la même manière que les libertés civiles et politiques, ce qui justifierait une consécration distincte, n'est pas dirimant⁸.

3. L'émergence de la protection de la vie familiale

Il est frappant de constater que la protection de la vie familiale est une innovation récente. Le couple famille-État est pourtant, quant à lui, très ancien. La famille a de tout temps servi de métaphore à l'autorité du souverain. Aristote y fait déjà longuement allusion dans l'*Éthique à Nicomaque*⁹. Parmi bien d'autres, Grotius, Locke, Rousseau la mentionneront. Les travaux préparatoires du Code civil de 1804 y font des allusions célèbres¹⁰. Pourtant, l'institution familiale originaire, traditionnelle, ne bénéficie d'une protection en termes de droits de la personne que depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, à quelques exceptions près. C'est à cette époque qu'elle apparaît dans les constitutions modernes et les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme¹¹.

Cette tardiveté ne doit pas surprendre. On peut l'expliquer par le fait que l'institution familiale calquée sur le modèle chrétien n'a dû être protégée que récemment, parce qu'elle n'a été remise en question que dans les dernières décennies. Une autre explication pourrait être proposée :

-
7. C'est ainsi que raisonne à tort R. PELLOUX, « Vrais et faux droits de l'homme. Problèmes de définition et de classification », (1981) 97 *R.D.P.* 53 et suiv.
 8. Pour la discussion de ce point, qui tend à indiquer que des « droits-programmes » destinés à une mise en œuvre progressive peuvent faire l'objet d'un contrôle strictement juridictionnel devant un tribunal interne ou international, cf. J. FIERENS, *op. cit.*, note 2, n°s 174-176, 184-187 et 238, pp. 106-107, 112-114 et 142-143.
 9. ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Livre 10-12 ; voir aussi *Politique*, livre I^{er}, XII, 3.
 10. Cf. les citations et les critiques de F. RIGAUX, *Les personnes*, t. I, *Les relations familiales*, Bruxelles, Larcier, 1971, n° 147 et suiv., p. 46 et suiv. Les idéologies absolutistes, hitlérienne ou marxiste, exploiteront à leur tour une conception intéressée de la famille.
 11. Cf. F. RIGAUX, *op. cit.*, note 10, n°s 329-330, pp. 95-96 ; la première mention formelle de la famille dans une constitution nationale remonterait à la Constitution costaricaine du 7 décembre 1871 ; la common law ne connaît pas la notion de famille. Cf. M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », (1992) 44 *Rev. intern. dr. comp.* 773-774 et note 24.

l'invention des droits de l'homme en 1789, qui est à l'origine de l'idéologie actuelle des droits de l'homme mais aussi plus largement de celle de l'État moderne¹², dépend d'une vision éminemment individualiste de la personne, qui a provoqué la bipolarisation entre l'individu et l'État. Dans les conceptions sociales et juridiques dominantes en Occident, il n'y a plus guère de place, entre ces deux pôles, pour les groupes intermédiaires dont la famille fait partie. Les tendances du droit moderne à confier à l'État ce qui incombait traditionnellement à la famille, comme le secours des personnes démunies ou les soins aux personnes âgées, participent sans doute de la même dynamique ou de la même dérive. La contradiction entre le fait que la famille appelle aujourd'hui une protection qui n'était pas nécessaire antérieurement et le fait que l'idéologie strictement individualiste de la modernité juridique existe depuis le xvii^e siècle n'est qu'apparente. La conception traditionnelle de la famille s'articulait en effet, comme on le sait, sur un individu : le *pater familias*. En ce sens, la famille occidentale renvoie davantage à un groupe aujourd'hui qu'hier¹³.

La protection de la vie familiale est ainsi, sous bien des aspects, un droit collectif, à ce titre ayant peu tendance à se prêter aux analyses juridiques traditionnelles. C'est d'ailleurs méconnaître la spécificité du droit à la protection de la vie familiale que de prendre simplement acte du fait que la protection inscrite à l'article 8, § 1^{er}, de la Convention vise le droit individuel de chacun au respect de sa propre vie de famille, plutôt que l'institution familiale dans son ensemble¹⁴. Au sein d'une culture différente, comme la culture africaine, la protection de la famille, pensée autrement que comme juxtaposition des individus qui la composent, apparaît avec évidence dans la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* et dans la plupart des jeunes constitutions¹⁵.

12. « Idéologie » s'entend ici au sens neutre d'« ensemble des idées, des croyances et des doctrines propres à une époque, à une société ou à une classe » (*Le Petit Robert* (1991)).

13. M.F. Rigaux et Mme M.-F. Rigaux soulignent aussi que, à la suite de la perte du modèle chrétien de famille conjugale, il fallait donner une forme symbolique nouvelle à l'institution, celle d'un droit de l'homme : F. RIGAUX et M.-F. RIGAUX, « La famille devant le juge constitutionnel et international », *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, vol. 3, Bruxelles, Bruylant, 1992, n° 5, p. 1712.

14. Cf. M.-T. MEULDERS-KLEIN, *loc. cit.*, note 11, 774 ; F. TULKENS, « Le placement des mineurs et le droit au respect de la vie familiale », (1993) 16 *Rev. trim. dr. h.* 564 et note 17.

15. Cf. J. FIERENS, « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples au regard de la théorie des droits fondamentaux », (1990) 18 *Revue burkinabè de droit* 251-283 ; du même auteur, « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », (1990) 3 *Rev. trim. dr. h.* 235-248.

Il est remarquable en revanche que ni la *Charte canadienne des droits et libertés*, ni la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne* ne fassent directement allusion à la famille.

4. Les articles 8 et 12 de la Convention européenne des droits de l'homme

De manière indirecte, la protection de la famille dépend évidemment de l'ensemble des droits et libertés dont chacun est le soutien des autres. La famille puise sa protection, par exemple, dans le respect du droit à la vie (art. 2), dans les garanties juridictionnelles (art. 5-7), dans l'interdiction de la discrimination (art. 14) ou encore dans la liberté de choix éducatifs des parents (art. 2 du Premier protocole additionnel).

Plus directement, la Convention mentionne explicitement la famille dans les articles 8 et 12. L'article 8 est ainsi libellé :

§ 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

§ 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Cette disposition est manifestement inspirée de l'article 12 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*¹⁶ : « À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. »

5. Le champ d'application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme

« Toute personne »

Les titulaires du droit consacré à l'article 8 de la Convention sont toutes les personnes sur lesquelles un État membre exerce son pouvoir de

16. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, art. 12 : « Nul ne sera l'objet d'immixtion arbitraire dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes. » L'article 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, dispose, quant à lui : « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. »

juridiction, c'est-à-dire éventuellement aussi des personnes qui ne sont pas ressortissantes d'un État membre du Conseil de l'Europe¹⁷.

« a droit au respect de sa vie [...] familiale »

Comme l'indique le libellé même de l'article 8, le respect de la vie familiale est lié à celui de la vie privée, à la protection du domicile et de la correspondance. Il ne fait aucun doute que, dans l'esprit des rédacteurs de la Convention, cette protection est d'abord pensée comme une liberté *contre* les empiétements du pouvoir. Néanmoins, les organes de Strasbourg ont toujours réfuté une interprétation exégétique pour choisir résolument la voie de l'interprétation évolutive¹⁸. C'est ainsi que, de manière constante depuis 1979, la Cour a souligné que « si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas d'astreindre l'État à s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale¹⁹ ». Est ainsi apparu l'aspect de créance de la famille contre l'État. L'interprétation donnée par la Cour peut être mise en rapport avec la formule du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* qui, en son article 23, § 1^{er}, dispose que « la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État²⁰ ».

Cependant, la théorie des prestations positives élaborée par la Cour, dont on devine l'incidence en matière de politique familiale des États membres, suscite deux difficultés. D'abord, le paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention concerne les ingérences autorisées dans la vie familiale notamment^{20a}. Il ne vise cependant que les empiétements résultant d'actes positifs émanant du pouvoir. Or, ce dernier peut mettre en échec la garantie de l'article premier en s'abstenant d'intervenir. Le libellé du

17. Voir l'article premier de la Convention ; voir aussi J. VELU et R. ERGEC, *op. cit.*, note 1, n° 76 et suiv., p. 173 et suiv.

18. Cf. G. COHEN JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Aix-en-Provence/Paris, Presses universitaires d'Aix-Marseille/Economica, 1989, p. 194 et suiv. ; J. VELU et R. ERGEC, *op. cit.*, note 1, n°s 52-67, pp. 168-172.

19. Affaire *Marckx* (1979) Cour Eur. D.H. Sér. A, n° 31, p. 14, § 31 ; affaire *Airey* (1979) Cour Eur. D.H. Sér. A, n° 32, p. 17, § 32 ; affaire *X et Y c. Pays-Bas* (1986) Cour Eur. D.H. Sér. A, n° 91, p. 11, § 23.

20. On relèvera à nouveau au passage que ce traité, consacré en principe aux droits civils et politiques comme son nom l'indique, n'hésite pas à donner au droit à la production de la famille un libellé de droit-créance. Voir aussi l'article 10 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*.

20a. Cf. *infra*, section 6.

paragraphe 2 n'est à ce moment plus adéquat. La jurisprudence de la Cour n'a cependant pas retenu ces arguments renvoyant davantage à la lettre qu'à l'esprit de la disposition. Il faut considérer que le paragraphe 2 permet le contrôle des ingérences de l'État dans la vie familiale aussi bien par des actes positifs que par son éventuelle abstention²¹.

Ensuite, la théorie des prestations positives pose par ailleurs problème au regard de l'applicabilité directe de l'article 8. Ainsi, aux yeux de la Cour de cassation belge, en tant que l'article 8 impose des prestations positives à charge de l'État aux fins d'assurer la jouissance effective des droits consacrés au paragraphe premier, il ne saurait produire des effets directs dans l'ordre juridique interne²². L'État dispose d'une marge d'appréciation dans le choix des mesures à prendre, et les tribunaux ne sauraient s'ingérer dans cette fonction législative.

Le traité ne consacre certainement pas le droit d'avoir une famille. En garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 en pré suppose l'existence²³. Quand se trouve-t-on en présence d'une vie familiale protégée par la Convention ? Les organes de Strasbourg se sont toujours gardés de définir la famille. La notion de vie familiale est en tout cas autonome : elle ne dépend pas des définitions données en droit interne mais est dotée d'un contenu propre à la Convention. Parce que la Convention ne protège pas l'ensemble des liens familiaux, mais la vie familiale, celle-ci implique des relations actuelles entre ses membres. La Cour a isolé une série de critères dont aucun n'est indispensable, mais dont la réunion éventuelle indique la présence d'une vie familiale. On peut citer la consanguinité, les liens substantiels et affectifs, la cohabitation, la dépendance financière²⁴.

La famille ne pré suppose pas nécessairement le mariage. La vie de la famille dite « légitime » est protégée au même titre que la famille dite « naturelle »²⁵. La vie familiale englobe en outre les rapports entre adoptants et adoptés. La jurisprudence des organes de Strasbourg a reconnu une dimension de la vie familiale dans le domaine de la garde des enfants et des relations personnelles entre parents et enfants. La circonstance qu'à la suite des événements, tels que le divorce ou le place-

21. Cf. affaire *Rees* (1986) Cour Eur. D.H. Sér. A, n° 106, p. 15, § 37 ; affaire *W. c. Royaume-Uni* (1987) Cour Eur. D.H. Sér. A, n° 121, p. 27, § 60.

22. Cass. b. 10 mai 1985, *Pas.* 1985. I.542 et Cass. b. 6 mars 1986, *Pas.* 1986 I.433 ; cf. aussi F. RIGAUX, « Le partage d'attribution entre le législateur et le juge », (1987) 41 *R.C.J.B.* 11, 5.

23. Affaire *Johnston et autres* (1986) Cour Eur. D.H. Sér. A, n° 112, p. 25, § 55.

24. J. VELU et R. ERGEC, *op. cit.*, note 1, n° 670 et les références, pp. 343-344.

25. Affaire *Marckx*, précitée, note 19 ; affaire *Johnston et autres*, précitée, note 23, § 25.

ment de l'enfant à l'assistance publique, la vie commune a cessé n'a pas pour effet de mettre un terme à la vie familiale. En pareil cas, les mesures qui restreignent le droit de visite des parents s'analysent en une ingérence dans leur vie familiale²⁶. La vie familiale peut concerner l'interdiction d'actes homosexuels entre adultes et en privé²⁷.

En ce qui concerne le placement des enfants, la Cour européenne a souligné que, pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale. Elle a aussi décidé à plusieurs reprises que « le droit d'un parent et d'un enfant au respect de leur vie familiale, garanti par l'article 8, implique un droit à des mesures destinées à les réunir²⁸ ». On aperçoit ici clairement l'insistance sur un des aspects de la créance de la famille contre l'État.

Pour ce qui est du statut des enfants nés hors mariage, les droits successoraux à l'égard des enfants naturels concernent la vie familiale²⁹. La Cour a décidé, sur la violation alléguée de l'article 8 par un ressortissant irlandais qui se plaignait de l'impossibilité pour lui d'épouser la mère de son enfant né hors mariage, le droit irlandais lui interdisant de divorcer, que l'article 8 n'imposait cependant pas à l'Irlande l'obligation d'adopter des mesures positives à l'effet d'autoriser le divorce et le remariage des requérants, mais que l'absence d'un régime juridique approprié reflétant les liens naturels de l'enfant avec ses parents naturels transgressait cette disposition³⁰. La Cour semble ainsi plus sensible aux relations qui unissent la famille, comme les liens de filiation, qu'à celles qui la désunissent, comme le divorce.

En ce qui a trait aux difficultés posées par l'immigration au regard de la vie familiale, la Cour a souligné que l'article 8 ne saurait s'interpréter comme comportant pour un État contractant l'obligation générale de res-

26. Affaire *W. c. Royaume-Uni*, précitée, note 21, § 59; affaire *Olsson* (1988) Cour Eur. D.H. Sér. A, n° 130, § 59.

27. Affaire *Modinos* (1993) Cour Eur. D.H. Sér. A, n° 259.

28. Affaire *Olsson*, précitée, note 26, § 81; affaire *Eriksson* (1989) Cour Eur. D.H. Sér. A, n° 156, p. 26, § 71; affaire *Margareta et Roger Andersson* (1992) Cour Eur. D.H. Sér. A, n° 226, p. 30, § 91; affaire *Rieme* (1992) Cour Eur. D.H. Sér. A, n° 226-B.

29. Affaire *Marckx*, précitée, note 19. Notons au passage que les conséquences en droit belge de cet arrêt rendu contre la Belgique illustrent bien l'efficacité du contrôle de la Cour européenne. À la suite de la condamnation de la Belgique, l'ensemble du droit belge de la filiation a été réformé par la loi du 31 mars 1987. Voir aussi les prolongements de l'arrêt *Marckx* dans les affaires *Vermeire* (1991) Cour Eur. D.H. Sér. A, n° 214-C et (1993) Cour Eur. D.H. Sér. A, n° 270-A: la Belgique est condamnée pour exécution tardive et imparfaite de ses obligations internationales telles qu'elles découlent de l'arrêt *Marckx*.

30. Affaire *Johnston et autres*, précitée, note 23.

pecter le choix, par des couples mariés, de leur domicile commun et d'accepter l'installation de conjoints non nationaux dans le pays³¹. Il n'y a pas, en principe, d'ingérence dans le droit au respect de la vie familiale si la famille de l'intéressé peut le rejoindre à l'étranger. Toutefois, la difficulté pour le ménage de suivre l'intéressé dans un État étranger peut résulter de la longue durée du séjour dans le pays qui ordonne l'éloignement ou de la création de liens d'autant plus étroits avec ce pays que des enfants en bas âge seraient issus de l'union.

En ce qui concerne la détention, les visites rendues à des parents en prison touchent la vie familiale. De même en est-il de l'interdiction faite à un détenu d'entretenir des relations intimes avec sa conjointe à l'occasion de ses visites en prison³².

6. Les ingérences légitimes dans la vie familiale

Aux termes du paragraphe 2 de l'article 8, les ingérences dans la vie familiale sont possibles. La protection n'est pas absolue³³. Il existe toutefois des limites aux limites.

« Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique »

La Convention n'envisage apparemment que l'ingérence des pouvoirs publics. Cela signifierait-il qu'elle ne protège pas contre les violations de la vie familiale commises par des particuliers ? Cette question est traditionnellement analysée comme posant le problème de l'effet horizontal, ou de l'effet réflexe, ou encore de la *Drittwirkung*, élaborée par la doctrine allemande. On enseigne en tout cas que, au vu des travaux préparatoires et de la jurisprudence de la Cour, l'article 8 concerne les relations des individus entre eux. Il reste cependant à savoir s'il s'agit d'effets horizontaux ou simplement d'une conséquence de l'effet direct. M. Rigaux a montré que la doctrine de l'effet horizontal est inadéquate et inutile³⁴. Les particuliers ont le droit de demander à l'État

31. Arrêt *Abdoulaziz, Cabales et Balkandali* (1985) Cour Eur. D.H. Sér. A, n° 94, p. 34, § 69 ; arrêt *Moustaquim* du 18 février 1991, et observation de P. MARTENS, « Respect de la vie familiale et sauvegarde de l'ordre public », (1991) 7 *Rev. trim. dr. h.* 377 et 385.

32. Cf. les décisions de la Commission citées par J. VELU et R. ERGEC, *op. cit.*, note 1, n° 676, pp. 345-346.

33. Notons qu'il existe des droits absolus tels que le droit d'être protégé contre des traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 3), l'interdiction de l'esclavage et de la servitude (art. 4, § 1^{er}) ou certaines garanties en matière juridictionnelle, comme la présomption d'innocence (art. 6, § 2) ou la non-rétroactivité de la loi pénale (art. 7).

34. Cf. F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1990, n° 610, p. 684.

d'être protégés contre les agissements des particuliers. On est renvoyé une fois de plus à la doctrine des prestations positives. Dès lors, si l'État protège mal des empiétements sur la vie familiale dus à une personne privée, c'est lui qui est en cause. C'est bien la relation verticale entre le pouvoir et le particulier qui allègue une violation de la Convention qui est mise en question, et non le rapport direct entre particuliers. Dans cette logique, une requête déposée devant la Commission est toujours dirigée contre l'État, et jamais contre un individu. L'État est également seul défendeur devant la Cour.

« prévue par la loi »

L'ingérence dans la vie familiale doit être prévue par la loi. La Cour a cependant inclus dans cette condition des critères qualitatifs. La loi doit comprendre « l'accessibilité de celle-ci aux personnes concernées et une formulation assez précise pour leur permettre [...] de prévoir à un degré raisonnable, dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé³⁵ ».

« une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire »

La référence aux nécessités d'une société démocratique est fréquente dans la Convention³⁶. Elle ne s'oppose pas à ce que les organes parlementaires démocratiquement élus déterminent en principe eux-mêmes les restrictions nécessaires : les États signataires disposent d'une « marge d'appréciation ». Toutefois, les organes de Strasbourg contrôlent si la nécessité des limitations a été établie de manière certaine et s'il a correctement été procédé à une mise en balance des intérêts en présence : c'est le critère de la « proportionnalité » entre le but que s'assigne le législateur national et les moyens qu'il utilise³⁷. Ainsi, la décision d'expulser un étranger, si elle recevait exécution, pourrait, selon les circonstances, méconnaître le principe de proportionnalité et violer l'article 8³⁸.

35. Cf. affaire *Herczegfalvy c. Autriche* (1992) Cour Eur. D.H. Sér. A, n° 244, p. 27, § 88 et affaire *Margareta et Roger Andersson*, précitée, note 28, § 75.

36. Voir également : art. 6, § 1^{er}, art. 9, § 2, art. 10, § 2 et art. 11, § 2 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T.E. 5, 213 R.T.N.U. 221.

37. Cf. L. ADAMOVIČ, « Marge d'appréciation du législateur et principe de proportionnalité dans l'appréciation des « restrictions prévues par la loi » au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », (1991) 7 *Rev. trim. dr. h.* 291 et suiv.

38. Cf. affaire *Beldjoudi* (1992) Cour Eur. D.H. Sér. A, n° 234-A.

« une mesure [...] nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique »

À propos des personnes détenues, la Commission a estimé qu'un prisonnier condamné pour activités terroristes et présentant un gros risque pour la sécurité peut voir les visites de sa femme soumises à des limitations plus amples que celles des épouses des autres détenus³⁹. La Commission est même allée jusqu'à considérer que l'interdiction faite à un prisonnier d'assister aux obsèques de sa mère était nécessaire à la sûreté publique.

« une mesure [...] nécessaire [...] au bien-être économique du pays »

Le cumul des revenus des époux en matière fiscale, par exemple, constitue une ingérence dans la vie familiale mais tend au bien-être économique du pays. Les restrictions au séjour des étrangers tendent à régulariser le marché du travail et poursuivent en cela un but légitime consistant dans la défense du bien-être économique du pays⁴⁰.

« une mesure [...] nécessaire [...] à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales »

En matière d'immigration également, les politiques de contrôle peuvent comporter des ingérences dans le droit à la vie familiale de l'étranger⁴¹. Celles-ci peuvent être cependant nécessaires à la défense de l'ordre, car l'application stricte d'une politique de contrôle de l'immigration est liée au maintien de l'ordre public.

Au sujet des infractions pénales, le texte ne vise que la prévention et non la répression. Celle-ci n'est cependant pas exclue. Les exigences de la sûreté publique et de la défense de l'ordre en sont un fondement suffisant⁴².

« une mesure [...] nécessaire [...] à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui »

La jurisprudence des organes de Strasbourg a eu en vue, à de multiples reprises, la protection de la santé ou la protection des droits et libertés des enfants. Il ne fait ainsi aucun doute que l'article 8, § 2, permet aux juridictions internes, dans l'intérêt de la santé de l'enfant, d'attribuer la garde de l'enfant à l'un des parents plutôt qu'à l'autre et de fixer les

39. Commission (n° 8065/77) (1978) 14 Comm. Eur. D.H. D.R. 246.

40. Affaire *Berrehab* (1988) Cour Eur. D.H. Sér. A, n° 138, p. 15, § 26.

41. Cf., entre autres, affaire *Moustaquim*, précitée, note 31.

42. Cf. J. VELU et R. ERGEC, *op. cit.*, note 1, n° 687, p. 348.

modalités du droit de visite de ce dernier. Une grande marge d'appréciation est laissée aux autorités nationales qui peuvent notamment interdire le contact d'un enfant avec son père détenu.

C'est surtout dans le domaine du placement des enfants par l'autorité que la jurisprudence de la Cour va à contre-courant des tendances nationales. La prise en charge d'un enfant par l'autorité publique constitue aux yeux de la Cour « une ingérence très grave » dans la vie familiale. Les considérations tirées de l'intérêt de l'enfant doivent avoir assez de poids et de solidité⁴³. Il peut s'agir de l'incapacité manifeste des parents d'éduquer et de soigner convenablement leurs enfants⁴⁴. Cependant, l'article 8, § 2, renferme des garanties explicites de procédure. Les parents doivent avoir pu jouer, dans le processus décisionnel considéré comme un tout, un rôle assez grand pour leur accorder la protection requise de leurs intérêts⁴⁵. Dans l'affaire *Olsson*, ce n'était pas la mesure du placement elle-même qui indiquait un manquement à l'article 8, mais le placement des enfants loin du domicile des parents et les entraves apportées aux visites de ceux-ci qui avaient empêché des rencontres faciles et régulières des membres de la famille. La réunification de la famille avait été compromise. Or, le placement ne peut avoir comme objectif ultime que la réunion de la famille⁴⁶.

Dans l'arrêt *Andersson* du 25 février 1992, la Cour a rappelé que « dans de telles affaires, le droit d'un parent et d'un enfant au respect de leur vie familiale, garanti par l'article 8, implique un droit à des mesures destinées à les réunir⁴⁷ ». En d'autres mots, les prestations positives incluses dans la garantie de l'article 8 visent notamment les mesures nécessaires au retour d'un enfant dans son foyer, en cas de placement d'autorité.

En matière d'avortement, les organes de Strasbourg font preuve d'une rare prudence. Une décision de la Commission a été rendue dans le cas d'un père qui invoquait son droit au respect de la vie familiale à la suite d'un avortement pratiqué en conformité avec la loi anglaise. La Commission a décidé que le droit du père devait céder devant la santé de la mère et son droit au respect de la vie privée⁴⁸.

43. Affaire *Olsson* du 24 mars 1988, précitée, note 26, § 72.

44. *Id.*, § 73 et suiv.

45. Affaire *W. c. Royaume-Uni*, précitée, note 21, § 64 ; affaire *Olsson* du 24 mars 1988, précitée, note 26, § 71.

46. Voir également l'arrêt *Ericksson*, précité, note 28.

47. Affaire *Margareta et Roger Andersson*, précité, note 28.

48. *X. c. Royaume-Uni*, (1980) 19 Comm. Eur. D.H. D.R. 244.

7. L'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme

L'article 12 dont le texte a été rappelé plus haut peut être mis en rapport avec l'article 16 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* ou l'article 23, § 3, du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁴⁹. La Convention n'énonce toutefois pas explicitement le principe du libre et plein consentement des futurs époux.

L'allusion de la finale de la disposition aux lois nationales indique que des restrictions peuvent être prévues par le droit national. Les limites des limites ne sont pas indiquées de manière aussi précise que dans l'article 8. Selon la jurisprudence de la Cour, les limitations ne peuvent avoir pour effet de restreindre ou de réduire le droit d'une manière ou à un degré qui l'atteindrait dans sa substance même⁵⁰. Ainsi, ont été considérées comme compatibles avec l'article 12 l'interdiction de la bigamie et la non-reconnaissance du mariage célébré selon le rite religieux, au mépris des formes civiles⁵¹.

Dans une espèce, le requérant, ressortissant suisse, avait contracté un troisième mariage après avoir divorcé deux fois. Deux semaines plus tard, il introduisit une demande en divorce. Le juge y fit droit, mais infligea, en application de l'article 150 du *Code civil suisse*, une interdiction de remariage de trois ans. La Cour a estimé que cette interdiction de remariage atteignait la substance du droit garanti par l'article 12⁵².

49. Article 16 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* :

1. À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution.
2. Le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux.
3. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État.

Article 23 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* :

1. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État.
2. Le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile.
3. Les États parties au présent Pacte prendront les mesures appropriées pour assurer l'égalité de droits et de responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. En cas de dissolution, des dispositions seront prises afin d'assurer aux enfants la protection nécessaire.

50. Affaire *Rees*, précitée, note 21, § 50.

51. *X c. Royaume-Uni*, Commission (n° 3898/168) (1970) 35 Comm. Eur. D.H. Rec. 102 ; *X c. République fédérale d'Allemagne*, décision du 18 décembre 1974, req. n° 6167/73, D.R., vol. 1, p. 64.

52. Affaire *F. c. Suisse*, (1988) Cour Eur. D.H. Sér. A, n° 128, p. 19, § 40.

La question de l'impossibilité de divorcer et, partant, du droit de se remarier a été posée sur le terrain de l'article 12. La Cour a estimé que le sens ordinaire des mots « droit de se marier » est clair : ils visent la formation de relations conjugales et non leur dissolution⁵³.

L'article 12 vise en outre le mariage entre deux personnes de sexe biologique différent. Les États contractants peuvent dès lors valablement interdire le mariage des homosexuels. En ce qui concerne les transsexuels, la non-reconnaissance de la nouvelle identité sexuelle à la suite d'une opération peut empêcher un transsexuel de contracter mariage. La Cour n'a cependant discerné dans ce défaut de reconnaissance ni une violation de l'article 8 ni une méconnaissance de l'article 12⁵⁴.

Conclusion

La protection de la vie familiale ne se cantonne plus à la sphère du droit privé, mais a envahi celle du droit international. Les articles 8 et 12 de la Convention européenne constituent la base législative de multiples mutations du droit familial des États membres du Conseil de l'Europe.

La jurisprudence des organes de Strasbourg relative aux articles 8 et 12 de la Convention a plutôt tendance à protéger les liens familiaux qu'à permettre leur dissolution. Néanmoins, les familles de ressortissants semblent moins protégées que les ressortissants des États membres.

La tendance de la Commission et de la Cour à affirmer davantage le droit de conserver une vie familiale plutôt qu'à la possibilité de la dissoudre peut à de multiples égards paraître aller à contre-courant des tendances de plusieurs États membres. Ainsi en va-t-il sans doute en matière de divorce, mais aussi en ce qui concerne l'interprétation de l'intérêt de l'enfant. Cette notion fonctionnelle à contenu variable est plus souvent utilisée par les tribunaux pour justifier la séparation d'un enfant et de ses parents, alors que la Cour européenne, de manière significative, utilise souvent la référence en sens inverse.

À travers la notion de vie familiale, la Convention insiste sur les relations interindividuelles. Il peut aujourd'hui être jugé paradoxal que la protection de la vie familiale soit consacrée dans la même foulée que le respect de la vie privée. Cette dernière notion porte en elle les germes d'un hyperindividualisme, comme le montre sans doute la jurisprudence américaine relative à la *privacy*. Il pourrait cependant tout aussi bien s'agir d'approches complémentaires.

53. Affaire *Johnston et autres*, précitée, note 30, § 52.

54. Affaire *Rees*, précitée, note 21, § 50.

La théorie des prestations positives est extrêmement féconde pour la protection de la vie familiale, spécialement pour les familles moins favorisées socialement. Cette interprétation met en évidence qu'une conception de la liberté qui est uniquement distance et méfiance à l'égard du pouvoir est à terme intenable ou injuste. Les leçons doivent en être tirées dans le cadre plus général d'une théorie des droits de la personne. Une approche à sens unique, qui privilégierait uniquement les libertés-franchises sur les libertés-créances, ou l'inverse, ne constitue jamais une protection suffisante de la personne. Il reste que les droits-créances sont classiquement moins bien protégés. La Cour et la Commission indiquent toutefois par leur jurisprudence évolutive que des progrès significatifs sont possibles, même si le chemin est encore long.